

**Álvaro Pérez-Ragone<sup>1</sup>**

## **Diálogo y cooperación en la justicia civil contemporánea: hacia una mayor eficiencia, legitimidad y justicia en la decisión**

### **I. Introducción**

La necesidad de una justicia civil, procesos, jueces y partes intervinientes creíbles y leales, aun cuando el postulado parezca una utopía, tal cual como pretendo desarrollar en el presente artículo podría ser una alternativa válida. Los componentes básicos para poder hablar de una “buena justicia civil” se podrían reducir a cuatro: en primer lugar, el acceso a la justicia y a los tribunales, lo que podría traducirse en la eliminación de trabas de carácter económico y socio-cultural que impidan la eficiente prestación y asignación de los recursos de la justicia, así como también la minimización de información tergiversada entre el juez y las partes; un segundo componente consiste en que el acceso y posterior curso de la prestación debe realizarse con criterios de eficacia y eficiencia, ya que una justicia tardía no es justicia; un tercer componente exige que la serie de procedimientos y las relaciones del tribunal para con las partes y terceros respete la dignidad de cada uno, requisito de un proceso equitativo y justo; finalmente, como último componente, se debe mencionar que el producto o resultado obtenido de la prestación del servicio de justicia debe ser legítimo, creíble y convincente<sup>2</sup>.

Estos cuatro componentes debieran contribuir, siempre que se respeten, a que la tutela de los derechos y la solución de controversias se pueda desenvolver de tal manera que sea cual sea el resultado (adverso o favorable) para una parte en concreto, este sea siempre respetable, es decir, legítimo. Uno de los principales inconvenientes, no solamente doctrinarios sino también de técnica legislativa e incluso de visión político-procesal, fue discutir durante los siglos XIX y XX cuál es el rol asignable a los terceros y al juez en un proceso civil. Si

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), aporte investigativo dentro del proyecto Fondecyt N° 1111021.

<sup>2</sup> Gräns 2001: 16-47.

se consideraba que necesariamente las partes que intervienen en pie de igualdad con conocimiento de la información favorable o no, propia y ajena, relacionada con su caso, sería posible exigirle al juez una actitud absolutamente pasiva, que finalmente asumirá un rol de jerarquía sólo en el momento del pronunciamiento de la sentencia. Pero esta hipótesis de igualdad de las partes en un proceso civil sólo se limitaría erróneamente a una igualdad de carácter formal. No considera, por ejemplo, que, para el acceso a la justicia y la igualdad de condiciones, la calidad de la asistencia letrada es un factor determinante. La parte en mejores condiciones podría aprovechar la situación de desigualdad real para lograr un resultado procesal favorable aunque no le asista la razón. O lo que es peor desde el punto de vista axiológico o de la justicia, que una de las partes ganara no por que le asiste la razón, sino por tener mejor dominio de las reglas del juego.

Los llamados principios o máximas formativas del proceso permanecieron mucho tiempo sin ser sometidos debidamente a una reflexión y continuaron teniendo vigencia en tanto axiomas sin posibilidad de reconsiderarlos<sup>3</sup>. Es recién luego de la década de 1950 cuando comienza la discusión en torno al principio o máxima de aporte probatorio por las partes procesales, convirtiéndose en objeto de estudio y controversia en la doctrina y la jurisprudencia. Los componentes mencionados al inicio son exigencias –no meras opciones técnicas– para una justicia civil que respete la Constitución. Muchos de ellos se traducían en principios, normalmente inoperables y meramente descriptivos para diferenciar los distintos sistemas de justicia civil. El tratamiento, en especial de las máximas o principios procesales vinculados con el acceso a la información probatoria, no llamaba la atención del legislador y era muy dependiente del tiempo y las corrientes dogmáticas-ideológicas coyunturales, que pendulaban entre lo conservador y lo liberal, el menor o mayor poder de los jueces o de las partes<sup>4</sup>. Al ser el conflicto civil una mera disputa de dos partes movidas por intereses privados, éstas eran libres de determinar la duración, suspender, retomar o disponer sin más de un proceso civil que se identificaba con lo “privado” de la controversia. Otra visión posterior, ya postulada por Klein (1854-1926)<sup>5</sup> en la reforma al proceso civil austriaco, consideraba que el conflicto privado, al emplear el poder judicial para buscar una solución, entraba de lleno en lo “público”, al usar recursos del Estado, tiempo, eficiencia y eficacia que no podían ni debían interesar solo a las partes. Después de todo, la credibilidad

---

<sup>3</sup> Spohr 1969: 15-24; Stürner 1985: 237; Schlosser 1991: 599-303.

<sup>4</sup> Klein 1927: 190; Stürner 1985: 237.

<sup>5</sup> El autor austriaco publicó una serie de artículos que fueron luego compilados en una de sus monografías más influyentes *Pro futuro* (ver especialmente pp. 20-44; Klein 1891: 21-34). Jelinek 1991: 50.

y legitimidad de una sentencia (en tanto legal y justa) es un bien o insumo para toda la sociedad.

Así, la discusión en torno a lo teórico sin ninguna finalidad pragmática dejaba de lado la consideración en concreto del rol que debía asignarse a las partes, al tribunal y a los terceros en la recopilación y posterior procesamiento de toda aquella información necesaria para poder decidir un caso, reconociendo o no el derecho de uno de los interesados. Sucede que la prueba en un proceso, aquello que contiene la información que servirá de fundamento para considerar más o menos cercana a la verdad las alegaciones de las partes interesadas, parece en realidad no ser una actividad exclusiva, sino más bien concurrente del juez y las partes. La mayor o menor duración de un proceso en concreto, la mayor o menor legitimidad de la sentencia no son una cuestión que debiera interesar sólo a las partes, también conciernen al conjunto de ciudadanos que financian el sistema de administración de justicia con sus tributos y a aquellos cuyos casos deben postergarse porque los recursos humanos e infraestructurales están ocupados en otros casos. Aun cuando la justicia civil persiga tutelar y resolver los conflictos de derechos particulares, la utilización de recursos de la función judicial no parece ser sólo cuestión de las partes, o al menos no sólo exclusivamente de ellas.

La necesidad de un *fair play* procesal impone no sólo colaborar, sino además hacerlo de manera leal. El principio de aporte de parte, de quienes tienen interés en el proceso como demandante o demandado de terceros, se veía también nublado por el principio *nemo contra se edere tenetur* (nadie está obligado a alegar contra sí mismo), que de alguna manera marcaba el límite del imperativo que recaía sobre cada uno de los sujetos en relación a la información que podía, debía o le convenía aportar al proceso<sup>6</sup>. Este principio, justamente, se fundaba en que la justicia civil era “cosa o materia de interés particular”, por ende estratégicamente disponible en el tiempo y sujeta a la suerte del mejor jugador. Así no era esperable que una parte pudiera aportar información que la perjudicara, aun cuando ello incidiera en la consecución de un proceso justo, teniendo en cuenta que una sentencia no puede mentir o tergiversar la realidad so pena de devenir en ilegítima y minarse así la credibilidad del sistema en su conjunto<sup>7</sup>.

De ninguna manera el juez sustituye en esta visión a las partes, quienes pueden disponer sobre el objeto del proceso: el juez solamente puede usar aquello que las partes decidan que integre determinado proceso, así en la relación entre el Derecho procesal y la concepción de Derecho sustantivo. Ello podía corresponderse con la posibilidad de disponer sobre el material o elemento en litigio

---

<sup>6</sup> Lang 2007: 10-34; Drenckhahn 2007: 25-50.

<sup>7</sup> Verberk 2010: 66.

y su relación entre el Derecho procesal por un lado y el Derecho constitucional por otro. Esta doble posibilidad, traducida en un Derecho que titularizan las partes procesales, se manifiesta en solicitar a la jurisdicción o accionar como así también de defenderse por un lado. Por otro, en la posibilidad de influenciar en la tramitación y el contenido del proceso, determinando lo que se peticiona y en base a qué hechos, y —en su caso— hasta la invocación del Derecho que va servir de fundamentación para lo peticionado se manifiesta a través del principio dispositivo en el aporte probatorio a instancia de las partes. En efecto, las partes deciden el inicio, la extensión, el objeto de discusión y conocimiento en el proceso, su eventual modificación, prosecución e, incluso, la posibilidad de extinción del proceso sin que medie una actividad o decisión por parte del juez<sup>8</sup>.

El desarrollo jurídico en la historia el Derecho procesal civil ha conducido desde fines del siglo XIX hasta finales del siglo XX, con las últimas grandes reformas europeas, latinoamericanas y asiáticas, a un aumento del poder del juez. Así, consecuente, con el aumento de su responsabilidad en la dirección y manejo del proceso pasó de un simple juez observador y pasivo a uno director y organizador (juez activo)<sup>9</sup>. Este trabajo tiene por objeto ser un aporte al actual significado de los principios que determinan una justicia civil para poderla amoldar a los cuatro componentes que mencionamos al inicio. Veremos de qué manera se aplican a aquello y entre quiénes se discute en un proceso civil, porqué es necesario exigir un “juego limpio” en términos estratégicos, veracidad y lealtad, que se manifiestan en deberes de cooperación en el aporte de información para una correcta decisión<sup>10</sup>.

## **II. Examen del modelo alemán a partir de la reforma a la justicia civil en 2002 (§§ 142 y 144, 273 y 139 ZPO)** **(Zivilprozessordnung)**

Un objetivo de la reforma alemana del año 2002 fue fortalecer la primera instancia y lograr así mayor celeridad sin renunciar a la calidad de la decisión. En el proceso, en su momento, se hizo referencia a que el juez tenía el deber de esclarecer las cuestiones de hecho y de derecho para una adecuada resolución de la controversia<sup>11</sup>. Como antecedente en la discusión dogmática alemana, ya

---

<sup>8</sup> Verberk 2010: 303-324.

<sup>9</sup> Schlosser 1991: 599; Schöpfunglin 1992: 17-26; Baur 1968: 76; Prütting 1980: 361.

<sup>10</sup> Huber 2008: 11-20.

<sup>11</sup> BT-Drs. (Bundestag-Drucksache) 14/163; Greger 2000: 842; Hansens 2002: 125-126; Schellhammer 2001: 1081-1082.

en septiembre del año 2000 en el marco del Congreso alemán de juristas número 63, comenzó a considerarse como objeto de la reforma la ampliación de los deberes de esclarecimiento de las partes<sup>12</sup>. Es así que del reformado §142 apartado primero de la ZPO alemana, a partir de la reforma del 2002, se otorga al tribunal la facultad ilimitada para exigir, incluso de oficio, a alguna de las partes la exhibición de algún documento u objeto, aun contra su voluntad, aplicándosele en defecto las sanciones previstas para los testigos, amén de eventuales consecuencias desfavorables en el proceso contra sus intereses<sup>13</sup>.

¿Qué rol desempeña o debiera desempeñar la información aportada al proceso? El imperativo recae en todos los intervinientes del proceso: partes, terceros y juez. No hay posibilidad de arribar a una decisión fundada sin que el juez cuente con un convencimiento sobre las razones alegadas por cada una de las partes, y ese convencimiento lo consiguen las partes para obtener una resolución favorable. Trataré, a partir de esta reforma en un sistema positivo concreto, de sostener la siguientes tesis: (i) es posible partir de un deber general de información procesal independiente de los específicos deberes sustantivos civiles, mercantiles, tributarios o de otra índole; (ii) el límite de este deber lo determinan las normas sobre derecho a objeción fundadas en la confidencialidad, posibilidad de perjuicio a terceros o a las partes cuyos derechos no deban sacrificarse en pos del proceso y los casos especiales que reulten de la propia ponderación judicial de las causales existentes para limitar el deber existente para los testigos.

### III. Máximas y principios procesales que inspiran al proceso civil alemán

El juez y las partes son las figuras centrales del proceso civil alemán. De allí que sea necesario previamente aclarar los alcances de la distinción doctrinaria entre principio dispositivo y de oficialidad, y por otro, en cuanto a la iniciativa y actividad probatoria, entre principio de aportación de parte y principio inquisitivo.

Un principio fundamental es el del control de las partes del inicio, mutación, fin y objeto del proceso (*principio dispositivo*). El juez es responsable (oficialidad) en el proceso alemán, de que las partes decidan correctamente sobre qué hechos serán discutidos y los fundamentos jurídicos de sus alegacio-

---

<sup>12</sup> Beilage Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, Heft 25, p. 31 ss. ; Hannich 2002: 190-193.

<sup>13</sup> Strodthoff 2004: 266-270.

nes. Para ello, el ZPO brinda las herramientas de actuación oficiosa del tribunal y las reglas de cargas y deberes en las relaciones de partes y terceros. Así, el proceso civil está completamente dominado por las partes. Son las partes y sus abogados quienes determinan el objeto del juicios a través de sus actos de *postulación* (*principio dispositivo*) y quienes incorporan los hechos y los medios de prueba (*principio de controversia*)<sup>14</sup>.

### 1. *El juez activo: dirección formal y material del proceso*

El § 139 del ZPO fue —y es considerado— como uno de los pilares del justo proceso<sup>15</sup>. Este parágrafo regula el impulso y dinámica procesal en general, tanto en su redacción actual como en la anterior a la reforma de 2002. Se debe recordar que aquel no estaba contenido en el proyecto de Código Procesal Civil publicado en 1871 y fue recién incorporado con motivo de la reenumeración del Código con la reforma de 1898<sup>16</sup>. En los hechos, las modificaciones posteriores al CPO (*Civilprozessordnung*) no resultaron exitosas en su aplicación práctica y es a partir del 2002 cuando toma un real impulso.

La práctica fue reticente a la aplicación plena de la norma, por considerar que la posibilidad de realizar preguntas y aclaraciones no fue tomada con seriedad ni por el tribunal ni por las partes. En definitiva lo que éstas desean es un juicio rápido y una sentencia definitiva sin mayores trabas. Por ello, aunque las aclaraciones y preguntas que realice el tribunal —en teoría— colaboran con una mejor claridad y orden del proceso previniendo inútiles trabas procedimentales posteriores, era necesario diagnosticar por qué fracasó el sistema de incentivo y sanciones. La falta de éxito se debió a una serie conexas de causas. En primer lugar, las audiencias eran tardíamente preparadas. Incluso el presidente recibía los expedientes, así como los dictámenes pertinentes, con una semana o días de anticipación a la audiencia oral. En caso de creer pertinentes determinadas aclaraciones, obviamente surgía el temor de que fueran introducidas nuevas cuestiones de hecho o de derecho que podrían tácticamente obstaculizar el dictado inmediato de una sentencia y dilaten el proceso, siendo necesarias nuevas audiencias. También colaboró con ello el Supremo Tribunal Federal Alemán con decisiones como la de 1984,<sup>17</sup> según la cual la parte con representación letrada no tendría derecho a avisos o instrucciones del juez que

---

<sup>14</sup> Schilken 2011: 7-24; Schwab 2010: 10-30.

<sup>15</sup> Prütting-Gehrlein 2011: §139, n. 1-5; Rensen 2002: 1-15.

<sup>16</sup> Rensen 2002: 15.

<sup>17</sup> BGH (*Bundesgerichtshof*/Supremo Tribunal Federal Alemán), *NJW*, 1984, p. 310.

se relacionaran con el Derecho o los hechos sobre los que se sustentaba lo peticionado por las partes. Más aún, en el año 1990, el BGH volvió sobre sus pasos, contrariando la precedente decisión a favor de la potestad esclarecedora del juez. De modo tal que la poca coherencia y predecibilidad sobre los alcances y la aplicación de estas disposiciones era resitada en la práctica.

Con la reforma de 2002, se agregó al § 139 ZPO el apartado 3 del antiguo § 278 ZPO. En su actual redacción, el § 139 ZPO se divide en cinco apartados. El primero establece que el tribunal puede aclarar con las partes las cuestiones de hecho contradictorias realizando las preguntas pertinentes. De este modo, el tribunal colabora e incentiva a las partes para lograr una completa manifestación y en tiempo sobre las cuestiones de hecho relevantes. El apartado segundo dispone que cuando un punto de vista no haya sido reconocido por una parte o, evaluado como irrelevante por ambas, el tribunal podrá referirse a ello en su decisión solamente cuando permitió su discusión y el punto (solo relevante para una parte o irrelevante para las dos) se circunscriba a algo meramente accesorio. Ello también es válido cuando el punto de vista del tribunal sea absolutamente contrario al de las partes. El apartado tercero establece el derecho del tribunal de advertir en todas las cuestiones donde de por sí pueda actuar de oficio. El apartado cuarto señala que el tribunal puede y debe instar las medidas para el adecuado conocimiento del expediente del proceso a fin de prevenir errores. El apartado quinto permite que una parte pueda solicitar un plazo para entregar por escrito aquello que el tribunal le solicitó sea esclarecido.<sup>18</sup>

El § 139 ZPO debe ser analizado desde dos puntos de vista: por un lado, el cúmulo de deberes (y facultades) que contempla y, en segundo lugar, los efectos de su inobservancia.

#### *a. Deber de discusión*

El § 139 ZPO obliga al tribunal –en colaboración con las partes– al esclarecimiento de aquello que se discute y debe ser decidido en el proceso. Este deber pesa en la cabeza del juez y tiene por objetivo que todos los involucrados puedan precisar el objeto del juicio, sus coincidencias, diferencias y qué solicitan concretamente. Se exige del tribunal prudencia en el ejercicio de este deber, de modo que pueda brindar igual oportunidad a las partes para ser oídas (como componente del proceso debido y justo). En relación con ello hay que recordar que el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) se pronunció claramente en favor de la tutela del derecho a ser oído y del derecho de defensa, aplicando el principio de igualdad de armas<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Schaefer 2002: 849.

<sup>19</sup> BVerfGE, 84, p. 190.

*b. Deber de instrucción e interrogación*

Siempre que surjan dudas sobre los fundamentos de hecho o de derecho invocados por las partes para la tutela de sus derechos, el tribunal debe interrogar a las partes al respecto. Las preguntas pueden ser realizadas aun en forma de indicaciones. El mismo Tribunal Constitucional Federal considera contrario a la Ley Fundamental que el deber de interrogación o indicación no sea ejercido en el supuesto de una decisión jurisdiccional. Así, por ejemplo, cuando ciertas argumentaciones no son comprensibles para el tribunal, debe ejercer su deber de pregunta e información. Por cierto el deber tiene tal importancia que fue considerado por el Tribunal Constitucional Federal en directa relación con el artículo 3, apartado 1.º de la Ley Fundamental<sup>20</sup>.

*c. Deber de esclarecimiento y función preventiva de vicios*

El punto de partida esencial del § 139 ZPO es la clara y transparente fundamentación de una decisión judicial. El porqué y el cómo se arriba a una sentencia debe resultar apreciable clara e indiscutiblemente tanto para las partes como para el tribunal. El BGH alemán se pronunció al respecto en el sentido de que las contradicciones en cuestiones relevantes de la demanda deben ser esclarecidas antes de que pueda arribarse a la sentencia<sup>21</sup>. Para ser coherentes con el deber de indicación y en combinación con el deber de discusión y esclarecimiento, el tribunal puede discutir y esclarecer con las partes sus peticiones. Así, por ejemplo, en los supuestos de modificación o cambios de situaciones que influyan en las cuestiones de hechos o derechos discutidas. El límite de la imparcialidad del juez impone que no debe ejercer los deberes y facultades antes mencionados de una manera arbitraria que conduzca a perjudicar la posición de una de las partes beneficiando a la otra.

El tribunal debe ejercer su deber de esclarecimiento para corregir errores en la formulación de los argumentos no considerados, erróneamente ponderados por las partes o incluso contrarios al punto de vista del juzgador.

De acuerdo con el § 139 apartado 3 ZPO, el tribunal igualmente debe realizar las advertencias, indicaciones y requerimientos de las aclaraciones pertinentes de las partes, en todo lo que se corresponda pueda (o deba) ser realizado de oficio por él. Siempre tendrán ambas partes el derecho a ser oídas para oponerse a un actuar arbitrario o de tratamiento inequitativo según centenario fallo del Superior Tribunal Constitucional de 1910<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> BVerfG, en *NJW*, 1976, p. 1391.

<sup>21</sup> BGH, en *MDR*, 2001: 104.

<sup>22</sup> BVerfGE 10, p. 182; BVerfGE 15, p. 218.



*d. Deberes de documentación y registro del proceso*

El agregado del apartado cuarto al § 139 ZPO es importante en tanto y en cuanto el tribunal debe cumplir con todas las obligaciones pertinentes a la debida documentación y protocolización de los actos procesales, su publicidad y registro. Las indicaciones, aclaraciones y advertencias que realice el juez deben ser debidamente protocolizadas o tomadas en el expediente de la manera adecuada para ello.

*e. Emplazamiento para manifestarse y conclusión de las audiencias*

La apartado quinto del § 139 ZPO regula el deber del tribunal de conceder un plazo a las partes para que puedan manifestarse sobre una pregunta o aclaración requerida por el tribunal. El derecho que tiene una parte al otorgamiento de un plazo para expresar su opinión sobre un requerimiento específico, no implica el correlativo derecho de la otra para aclarar, integrar o refutar sobre lo que ya haya manifestado por escrito<sup>23</sup>.

El § 156 ZPO determina que, aun cuando una audiencia ya haya concluido, bajo determinadas condiciones se permite la inclusión de nuevos elementos que permitan su reapertura para oír a las partes. No parece suficiente el poder expresarse por escrito para completar argumentos de hecho o de derecho. Todo se vincula con el conjunto de condiciones necesarias para una atmósfera de confianza que debe imperar entre las partes y el tribunal<sup>24</sup>.

*2. La actividad probatoria: cooperación de partes y terceros*

Según la antigua redacción del § 428 ZPO si un documento se encontrara en poder de un tercero, el juez ordenará la producción de la prueba a pedido de la parte intimando al poseedor del documento para que lo presente en un plazo determinado. En esta versión, el tercero solamente estaba obligado a presentar el documento exigido cuando quien lo solicitaba tenía un derecho previo establecido justamente para poder exigir ese documento (§§ 429 y 422 del ZPO)<sup>25</sup>. En su antigua redacción, el tribunal podía ordenar, a pedido de parte, la presentación de un documento en poder de un tercero. La parte que lo solicitaba necesitaba justificar su petición en un derecho reconocido por el propio Dere-

---

<sup>23</sup> Comp. OLG Colonia, en *NJW-RR*, 1987: 1152.

<sup>24</sup> Así BVerfGE 51, p. 192; 75, p. 190.

<sup>25</sup> En detalle Schöpfung 2001: 17-26; Katzenmeier 2002: 534.

cho sustantivo (civil, comercial, etc.) y no era suficiente la sola “necesidad de colaboración probatoria de los terceros” para con ese proceso en concreto.

Con la nueva redacción del § 142 apartado 1 ZPO, el tribunal puede ordenarle –incluso de oficio– a un tercero que presente un documento u objeto que está en su poder con la sola justificación de que tiene relación con lo discutido en ese proceso. Más aun, la reforma introdujo la potestad para que el tribunal de oficio pueda ordenar prueba de inspección o pericial, según el § 144 ZPO. Así, puede afirmarse que, ahora, el tercero está obligado a colaborar con ese proceso aportando el material probatorio que se le exige, incluso a falta de una relación sustantiva. En otros términos, es suficiente y necesaria la relación procesal para que surja el deber de colaboración informativa del tercero<sup>26</sup>.

La limitación a esta nueva potestad jurisdiccional incluida por la reforma se encuentra contenida en los §§ 142 apartado 2, oración 1, y 144 apartado 2. Así, el tercero se puede desobligar de dicha obligación alegando irrazionalidad o imposibilidad para proceder a acompañar lo requerido. El tercero o la parte destinatarios de la orden pueden oponer a la orden judicial como causales de objeción para la presentación de documentos la existencia de supuestos que autorizan análogamente su liberación del deber de declaración testimonial.

Así, a las partes les son aplicables, en caso de incumplimiento sin justificación, las consecuencias procesales negativas, dándose por probado el hecho alegado que se pudo acreditar (o no) mediante la prueba documental<sup>27</sup>. Ello aún cuando tal consecuencia no aparece expresamente regulada. En realidad no resulta claro si ello sólo es aplicable a la parte sobre la que recae la carga o peso de probar lo que alegó, o bien podría extenderse incluso a la contraparte, quien sin duda debe cooperar procesalmente. Ahora bien, este deber de cooperación procesal no podría incluir el tener, incluso, que subsidiar al adversario en caso de falta o defecto de prueba de sus alegaciones. Esta interpretación parece aceptable y no es sino una aplicación de la teoría que desarrollara Stürner<sup>28</sup>. Así, quien alega y debe probar no puede pretender que su negligencia probatoria sea suplida por la contraparte. A los terceros procesales, por su lado, se les aplican las sanciones pecuniarias de cumplimiento inmediato, según los §§ 390 y siguientes del ZPO.<sup>29</sup> Este estatuto aplicable al tercero parece razonable, ya que al no tener interés en el resultado del proceso, mal podrían afectarlo consecuencias probatorias negativas.

---

<sup>26</sup> Zekoll-Bolt 2002: 2129; Kraayvanger 2003: 572. En detalle sobre las teorías la siempre vigente la obra de Stürner 1976: 10-60.

<sup>27</sup> Beckhaus 2010: 25-35.

<sup>28</sup> Stürner 1976: 174-178; Beckhaus 2010: 99-106.

<sup>29</sup> BVerfG resol. 14/07/1981 OLG Hamm, igualmente BVerfGE 20, p. 323 (332) = NJW 1967, p. 195 y BVerfG resol. V. 24/04/1991; BVerfG 80, p. 244 (255) = NJW, 1990, p. 37.

#### IV. Imperativos de aporte de información sobre las partes procesales

Tradicionalmente se crearon dentro de la relación procesal ciertas dificultades para la incorporación de las distintas situaciones jurídicas que podían darse en la relación material. Me refiero especialmente a los supuestos de deberes-derechos, obligaciones, privilegios y potestades.

Pretendo aplicar acá criterios más pragmáticos ya considerados por parte de la doctrina<sup>30</sup>. Si consideramos la pretensión de información en un proceso podríamos considerarla desde dos puntos de vistas, no necesariamente excluyentes. O es meramente auxiliar a una pretensión sustantiva principal que motivará y será el centro de discusión en ese proceso o, por el contrario, tiene cierto grado de independencia que permite fundamentar una existencia y fines propios como el esclarecimiento mismo y la satisfacción de las finalidades del proceso civil. Dentro del primer grupo hemos de encontrar casos que denominaremos “pretensiones de información procesal derivadas”, mientras que el segundo comprende las “pretensiones de información autónomas”. Creo que nada impide la coexistencia de ambos tipos de deberes de información exigibles<sup>31</sup>. La necesidad de disminuir el déficit de información probatoria impone la coexistencia de deberes de cooperación (de partes y terceros) con límites contenidos en derechos de objeción absolutos y relativos que deben ponderarse en cada caso particular.

Las primeras contemplan deberes de cooperación procesal de carácter material, así, por ejemplo, el § 666 del Código Civil alemán, como así también deberes procesales cuyo fundamento directo sea una relación jurídica material e imponga un deber de cooperación a una de las partes cuyos obligados pueden ser terceros o la contraparte. Los deberes autónomos por su lado existen en base a necesidades puramente procesales, nadie discute el caso del imperativo de asumir la calidad de testigo por ejemplo. Esta clasificación asume importancia a los efectos de determinar una técnica legislativa adecuada para el tratamiento del deber de cooperación procesal informativa tanto de las partes como de terceros, lo que será tratado en detalle posteriormente.

##### 1. *Deber de aclaración de las partes en el proceso civil*

La acuciosa discusión de siglos en torno a la existencia o no de un deber procesal general de esclarecimiento no tuvo especial relevancia en la praxis juris-

---

<sup>30</sup> Stürner 1976: 329.

<sup>31</sup> Verberk 2010: 413.

prudencial alemana, sino a partir de la sentencia del Tribunal Federal Alemán del 11 junio de 1990<sup>32</sup>. En paralelo, debe considerarse la formación en Europa de cierta armonización y reformas en materia procesal civil en Gran Bretaña, Francia, Italia, España, Austria y Holanda. Por cierto, no menciono a los Estados Unidos de América, donde los deberes de cooperación procesal de las partes se manifiesta de una forma mucho más explícita y con un mayor ámbito de aplicación<sup>33</sup>.

Creo necesario evaluar la recepción en principio e ideas de una vanguardista tesis de habilitación<sup>34</sup> y otra monografía posterior<sup>35</sup> para justificar y examinar la reforma alemana a partir del año 2002 como enorme contribución al Derecho procesal civil comparado. El deber de aviso, advertencia o instrucción del juez a las partes y el imperativo de aclaración de éstas coadyuvan a un mejor y más justo proceso dentro de los marcos de libertad y la responsabilidad individual. Cualquiera que sea la visión crítica que se asuma nos encontraremos con una serie de supuestos regulados, ya en el Derecho material ya en el Derecho procesal, donde el centro son imperativos de cooperación o esclarecimiento.

Hasta la reforma del año 2002 existían (debo decir que incluso luego de la reforma existen) al menos tres posiciones.

(i) Una sostiene que a la parte que no tiene que probar (sin el peso de la carga de la prueba) no puede exigírsele un deber procesal de cooperación informativa o de esclarecimiento. Ello justificaría que pueda exigírsele el deber si se fundamenta en el Derecho material y nunca en forma autónoma. Para esta teoría es importante la limitación dentro de este deber de cooperación fundado en el Derecho material y la necesidad de la ponderación de los distintos intereses en juego a partir de la disposición sustantiva<sup>36</sup>.

(ii) Contra la tesis antes descrita se parte afirmando la existencia de un deber procesal general de esclarecimiento, el que incluso obligaría a la parte sin necesidad que pese sobre ella la carga de la prueba. Así, siempre y cuando la (a) parte que tiene la carga de la prueba (b) haya alegado como fundamento de su

---

<sup>32</sup> Stürner 1990: 315, 208.

<sup>33</sup> Schöpfunglin 1992: 190. Stürner 1985: 239.

<sup>34</sup> Me refiero a la tesis de Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tubinga, 1976. Una posición minoritaria incluso hasta el siglo XXI, no obstante con importantes claves para entender y aplicar la reforma desde 2002. La tesis tuvo efectos relevantes en reformas como la portuguesa, donde se incorpora una norma expresa en tal sentido.

<sup>35</sup> Refiero a la monografía de Rolf Stürner *Richterliche Aufklärungspflicht*, publicada en 1982.

<sup>36</sup> Gottwald 1979: 364, 368.

petición determinados hechos y (c) ello pudo ser discutido en el juicio, surgiría entonces un deber general que obliga igualmente a ambas partes sin importar sobre quién recae la carga de probar. Dándose las condiciones (a), (b) y (c) copulativamente y (d) no existiendo normas que regulen intereses propios de naturaleza procesal o sustantivo que precisen de una tutela o atención mayor es posible hablar de un deber general de cooperación procesal para ese caso. En esta tesis se deben verificar entonces tres condiciones positivas (a, b y c) y una negativa (d) para poder hablar de un deber general de cooperación. Faltando alguna de las cuatro sólo corresponderá la carga de la prueba a la parte cuya alegación necesita ser acreditada. Los representantes de esta visión la sustentan en la finalidad del proceso, cual es procurar lo mejor y lo máximo posible el acercamiento a la verdad, lo que estaría garantizado constitucionalmente mediante el derecho de las partes a una tutela jurisdiccional efectiva. Los matices dentro de este posición permiten subdistinguir distintas visiones. Una postura<sup>37</sup> acude al argumento de la fundamentación por analogía para poder ampliar la aplicación del deber general a partir de determinados supuestos existentes en el código procesal civil alemán. A partir de un deber general de veracidad e información procesal consagrado en el § 138 inciso primero y segundo, lo regulado en los §§ 423 445 372a y 654 ZPO serían casos especiales de aplicación del principio<sup>38</sup>. Paralelo a ello, se enuncian las disposiciones sobre la división de la carga de la prueba enunciada por la dogmática en base a la cual, tiene la carga de la prueba aquella parte que, de acuerdo a las circunstancias se encuentra en mejores condiciones de poder acceder a la prueba. Otra parte de la doctrina infiere el deber general de información o cooperación procesal de principios generales aplicables al proceso y en especial de los relacionados por las conductas de coherencia que deben asumir las partes en aplicación de máximas tales como el *venire contrafactum proprium* (actuar contra los actos propios)<sup>39</sup>.

(iii) Entre ambas posiciones extremas se encuentra una teoría intermedia<sup>40</sup> que reconoce la existencia de deberes especiales de esclarecimiento fundados en el Derecho material, los cuales deben ser observados, cumplidos y en su caso sancionados procesalmente (lo que toma de la tesis ii). A ello suma la necesidad de respetar y de cumplir aquellos deberes de cooperación procesal que surjan en casos excepcionales aún sin fundamento en el Derecho sustantivo (lo que incluye a partir de la tesis i)<sup>41</sup>. Serían una serie de principios jurídi-

---

<sup>37</sup> Stürner 1976: 92; Huber 2008: 106-112; en contra Prütting 1996: 13, 8.

<sup>38</sup> Peters 1966: 106.

<sup>39</sup> Stürner 1991: 208, 212.

<sup>40</sup> Prütting 1996: 13.

<sup>41</sup> Schlosser 1991: 599, 604; Prütting 1996: 137; Stickelbrock 1996: 156. Véase, en ese sentido, la jurisprudencia de varios tribunales: OLG Koblenz NJW 1968, 897; BGH NJW

cos como la buena fe, la prohibición de actos contradictorios o incoherentes y la lealtad procesal que fundamentarían deberes procesales especiales de esclarecimiento. Así, no habría un deber general, sino casos particulares fundados en aquellos principios que imponen deberes de esclarecimientos para esos supuestos. Integra esta tesis intermedia la histórica posición adoptada por el Superior Tribunal Federal Alemán, la denominada teoría de la carga de la argumentación o del aporte argumentativo secundario, que justifica la imposición de imperativos de esclarecimiento aun sin relación con norma sustantiva alguna.

Veamos pues cómo se aplicarían estas tres grandes visiones doctrinarias a un caso hipotético concreto. El paciente (a) es sometido a una intervención neuroquirúrgica de altísima complejidad en la clínica Z. El médico a cargo de la operación es el doctor (b). El paciente, luego de la operación no solamente pierde la visión, sino que también queda imposibilitado de poder mover sus extremidades inferiores y superiores. Así, (a) interpone una demanda en contra de la clínica y el médico por mala praxis médica sosteniendo que en ningún momento se le informó sobre la posibilidad de estos resultados y que no obstante el médico haber advertido al paciente sobre la complejidad, minimizó ello sosteniendo que era necesaria y con una alta probabilidad de resultado positivo. Por su lado, las partes demandadas (b) y Z sostienen que se cumplieron con todos los protocolos y la *lex artis* de la medicina para ese caso.

Frente a esta situación, el juez se encuentra imposibilitado de decidir sobre la sola base de lo alegado por las partes, necesitando por ende información y evidencia adicional. Ahora es posible preguntar ¿cuál de las dos partes en este caso se encuentra en mejores condiciones para poder aportar la información pertinente, relevante y fehaciente? Si partimos aplicando la primera teoría (i), desde el punto de vista sustantivo, existirán disposiciones relativas a las reglas *artis* en medicina que imponen el deber de actuar con la máxima diligencia posible, desempeñando el médico una obligación de medios. Así, el médico no se compromete a un resultado, sino más bien a poner toda la diligencia posible para poder alcanzarlo y si no lo logra, basta acreditar su máxima diligencia de acuerdo a sus conocimientos para ser liberado de cualquier responsabilidad. Ahora bien, en esta primera posición, que parte de un análisis exclusivamente del Derecho sustantivo, nos encontramos con una dificultad procesal relacionada son las pruebas suficientes para acreditar precisamente el cumplimiento de esas diligencias como obligaciones de medios. Ante este interrogante de naturaleza netamente procesal, la primera teoría no logra ofrecer respuestas

---

1972, 1131, 1132; 1986, 2371, 2372; OLG Koblenz NJW 1968, 897; OLG Koblenz NJW 1968, 897; BGH NJW 1960, 821; 1963, 389, 390.

convincentes, ya que poner el peso informativo siempre sobre el paciente (demandante en el caso) no parece justo.

Otra podría ser la respuesta si aplicamos la tesis decrita en (ii): quien tiene la carga de la prueba no es el paciente, él no debe probar que el médico incurrió en una falta de diligencia, ello sería una prueba de un hecho negativo lo que es imposible. El paciente en este caso solamente debiera acreditar el daño sufrido pero la totalidad de la carga de la prueba, a los efectos de acreditar el cumplimiento máximo, mejor y detalladamente posible de la debida diligencia de las reglas *artis* médicas corresponderá al médico y a la clínica. Éstos son los que se encuentran en mejor condición para informar adecuadamente: mayor cercanía, posibilidad y calidad técnica de acceder a la información probatoria necesaria para dirimir el conflicto. Es a esta parte a la cual se le impondrá pues la carga de la prueba.

La posición (iii) respondería a este interrogante de la siguiente manera: de acuerdo al Derecho material, la carga de la prueba corresponde por regla al que demanda (al paciente), es él quien debe acreditar el incumplimiento por parte del o de los demandados. Sin embargo, en este caso, siendo una de las partes notoriamente inferior en calidades técnicas, infraestructurales, económicas, y de condiciones específicas (el paciente) de acceder a la información probatoria relevante, la carga de la prueba corresponderá a la clínica y al médico por el enorme componente técnico y específico de la prueba. Se debe tener presente que son reglas ajenas al conocimiento de cualquier persona normal no calificada en esa área (pacientes en general). En la relación médico-paciente, una de las partes titulariza condiciones técnicas que deben también asumirse con resguardos jurídicos y éticos correspondiendo a ella —excepcionalmente y por las condiciones del caso— la carga de la prueba.

## 2. *Los terceros y su deber de colaboración con la función jurisdiccional*

Los terceros no interesados con el resultado de un caso en particular son titulares de deberes procesales claramente de cooperación o colaboración no relacionados con una sentencia favorable o no en ese proceso. Al no tener interés en el resultado, solamente cabe su inclusión a través de mecanismos que permitan efectivizar este imperativo en forma coercitiva, ello es, nos encontramos frente a titulares posibles de deberes procesales por un lado. Y por otro, es necesario prever las sanciones a las que se verán sujetos frente al incumplimiento y de qué forma se los puede constreñir patrimonial o personalmente (medidas de coerción) a cooperar<sup>42</sup>. Es cierto que también podrían ser titulares

---

<sup>42</sup> Prütting 1996: 30-35; Henckel 1979: 100, 102; Schlosser 1991: 599.

de un deber procesal fundándose en reglas o disposiciones existentes en el Derecho material, o podría por ejemplo verificarse en el supuesto del deber que pesaría sobre una entidad financiera para informar sobre uno de sus clientes que es actualmente parte en un proceso. Pero a diferencia de lo que sucede en relación a las partes son suficientes las disposiciones procesales para justificar un deber de cooperación procesal para la consecución de la garantía de la prestación de la función jurisdiccional. Es decir, la tutela efectiva de los derechos impone el deber de cooperación procesal a los terceros<sup>43</sup>.

Pueden existir intereses contrapuestos a la funcionalidad misma del proceso y a la necesidad de la consecución de dicho objetivo que puedan en definitiva eximir del deber de cooperación no sólo a los terceros, sino incluso a las partes, así, por ejemplo el peligro de una posible persecución penal (autoincriminación) o la vulneración de un derecho generando un perjuicio de difícil o imposible reparación para el tercero u otros que quitan toda legitimidad a la imposición sin más del deber general de colaboración para el esclarecimiento. En otras palabras, el costo de cumplir con el esclarecimiento procesal excede proporcionalmente al que generaría de no verificarse (la posibilidad de una persecución penal es un costo excesivo frente a no contar con esa información en un proceso concreto).

La forma de controlar los límites del deber general de esclarecimiento y colaboración son los diferentes mecanismos para ejercer el derecho de objeción. El eventual afectado puede oponerse a colaborar frente a una afectación desproporcionada en su ámbito patrimonial o personal. Es así que debe preguntarse cuánto y de qué forma se puede limitar el imperativo de esclarecimiento a través de la contracara manifestada en el derecho de objeción. Todas estas preguntas se relacionan en muchos casos con la ponderación de intereses y la coordinación o enfrentamiento entre el Derecho procesal y material. Es posible identificar tensiones constitucionales en base a los derechos fundamentales ejercidos. Por un lado, la parte procesal y su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; por otro, los valores y bienes tutelados constitucionalmente de la contraparte o de terceros que no puedan ser afectados, incluso en nombre del ejercicio de la función jurisdiccional<sup>44</sup>.

## **V. Visión sobre la colaboración de partes y terceros en el proceso civil**

En relación a estas tres posiciones que se han sostenido, creo que la intermedia (iii) es la adecuada para un proceso civil contemporáneo donde la actividad

---

<sup>43</sup> Prütting 1996: 33-35.

<sup>44</sup> Greger 2000: 842; Hansens 2002: 125-127; Schellhammer 2001: 1082.



dialogante del juzgador con las partes y la lealtad informacional deben y pueden primar. Por ello, compartiendo los fundamentos de la tesis intermedia, no veo obstáculos a una aplicación más extensiva de la misma. Considero que a partir del deber de esclarecimiento es de esperarse que todos y cada uno de los aportes pensables y esperables sean aportados a un proceso en concreto. La lealtad y colaboración de las partes entre sí y para con el órgano jurisdiccional imponen incluso la eliminación de conductas estratégicas obstructivas de aquella parte que no tiene la carga de la prueba. Soy consciente que esta propuesta no es justamente la aceptada mayoritariamente por la doctrina<sup>45</sup> y jurisprudencia<sup>46</sup>.

Pero analicemos con mayor detalle la propuesta ampliada de la tesis intermedia. En realidad considero que la pregunta central debiera reformularse en estos términos: (i) ¿En base a cuáles requisitos y con qué amplitud las partes (tengan o no la carga de la prueba) podrían ser obligadas a esclarecer los hechos controvertidos en el proceso?; (ii) ¿Cómo las partes y terceros podrían ponderar adecuadamente el costo-beneficio frente al deber de colaboración, de forma tal que se generen incentivos adecuados y proporcionales que minimicen el riesgo de falta de información para decidir y maximicen la cooperación adecuada para una sentencia legítima y convincente?<sup>47</sup>

Acorde con la tesis planteada al inicio de este aporte creo que los deberes de información se fundan no sólo en un derecho reconocido previamente en normas de carácter sustantivo, sino que además se correlacionan con los fines primarios de la justicia civil. No pueden ser estudiados *in abstracto* sin relacionarlos con la prestación de una justicia eficiente, eficaz, oportuna, mediante un cause legal y equitativo para el resultado legítimo que lo sustentan<sup>48</sup>. De esta forma, dado que el Derecho sustantivo no logrará cubrir todas las hipótesis de regulación de aporte de información en relación a las partes de futuros procesos, ello tiene que complementarse con los imperativos procesales de cooperación y esclarecimiento. De esta forma, es fundamental para el proceso civil coordinar el principio de aporte probatorio de partes con el actuar oficioso del juez. Es justamente allí donde la teoría de las denominadas “cargas secundarias de alegación”, puede ayudar con algunos aportes relevantes<sup>49</sup>. Una visión considera a estas “cargas secundarias” de alegación como casos excepcionales para imponer deberes allí donde el Derecho material nada dice. Otra posición ve a las cargas secundarias de alegación como meramente subsi-

---

<sup>45</sup> Prütting 1996: 137

<sup>46</sup> NJW 1992, pp. 1817, 1819

<sup>47</sup> BGH NJW RR 1987, 1296; comp. BGH NJW 1989, 2756; BGH NJW 1985, 1841

<sup>48</sup> Schlosser 1991: 599.

<sup>49</sup> Burgard 1990: 3240; Lange 1990: 3235; Yoshimura 1970: 245.

diarias y siempre que no haya disposición sustantiva expresa podrían justificar un deber general de cooperación o esclarecimiento procesal. Pero no puede dejarse de reconocer la visión de Stürmer al respecto, quien critica la tesis de las cargas secundarias. Es que los deberes de esclarecimiento sustantivos y procesales deben distinguirse en su contenido y alcances de la “carga de alegación” que pesa sobre la parte procesal que no tiene “la carga de la prueba”. A la parte que está sujeta a una carga secundaria es el propio Derecho sustantivo quien le exige determinada conducta como emitir, por ejemplo, una factura, o en el caso hipotético que tratamos *supra*, desempeñar la medicina en base a ciertas reglas técnicas. Si eventualmente para un proceso una parte necesitaría esa factura o el esclarecimiento de los deberes técnicos impuestos por esa profesión, la parte debiera colaborar, ya que no solo el Derecho sustantivo supone satisfechos esos deberes, sino porque es ahora el Derecho procesal para un caso concreto el que impone esa conducta colaborativa. El proceso “usa” de los deberes que impone el Derecho sustantivo para exigir el aporte de información de aquel que no tiene la carga de la prueba procesal, pero que sí es sujeto obligado del Derecho sustantivo.

El aporte probatorio de oficio debe diferenciarse de la actividad oficiosa del juez para la incorporación de hechos no considerados o alegados por las partes. Aquél sólo se asienta sobre los hechos que son aportados por las partes en sus alegaciones y sobre los cuales exista controversia. El deber de información y de veracidad sirve de esta forma como marco para el aporte probatorio a través de las partes, lo que permite al juez arribar a un convencimiento que fundamente su decisión<sup>50</sup>. De esta forma, existen una serie de disposiciones no sólo relacionadas con la pertinencia, sino también con la admisibilidad probatoria que pueden eximir el deber de colaboración, por ejemplo: la prohibición de la incorporación de prueba obtenida ilícitamente, las disposiciones de preclusión y la regulación del derecho a objeción<sup>51</sup>. Para alguna teoría estos deberes procesales no serían sinónimos de un deber de esclarecimiento o información<sup>52</sup>.

No es un problema, sino que, por el contrario, representa la solución partir considerando la existencia de un deber general de información (de partes y terceros). En algunos casos ese deber se potencia con la regulación específica de deberes sustantivos al respecto que pueden ayudar al mejor esclarecimiento de los hechos, sin necesidad de acudir a la carga de la prueba, siendo suficiente las alegaciones sustanciadas o controvertidas de las partes<sup>53</sup>. En otros casos el deber general puede verse limitado o reducido frente a la invocación de dere-

---

<sup>50</sup> Stickelbrock 1996: 156.

<sup>51</sup> Prütting 1993: 427.

<sup>52</sup> Brüggemann 1968: 47-51.

<sup>53</sup> Storme 2012: 146-148.

chos de objeción por parte de los obligados. Derechos de objeción que podrán ser absolutos e intransables o bien relativos y que limitan el deber general de cooperación informativa en forma inversamente proporcional a la jerarquía del fundamento de la objeción: así, mientras más fuerte sea el derecho de objeción (por ejemplo la prohibición de autoincriminación penal) menor será la posibilidad de exigir que se aporte información que ponga al declarante en dicha situación negativa extrema.

No obstante poder asumir una posición, se deben crear los marcos de incentivos negativos y positivos previsibles para maximizar la colaboración leal y minimizar la litigación estratégica con ocultamiento o tergiverzación de la información. Sin un sistema adecuado de medidas coercitivas<sup>54</sup> y/o sanciones intraprocesales de inferencias probatorias negativas, tanto los deberes específicos como la visión de un deber general de esclarecimiento procesal se tornan en pragmáticamente inútiles. Pues la respuesta estará en la técnica procesal que un ordenamiento jurídico incorpore y no en el contenido de ese deber, técnica procesal que se vinculará con la calidad del sujeto, si es parte o tercero<sup>55</sup>. Es interesante ver cómo la discusión sobre la interpretación y alcances de un imperativo de colaboración procesal en el proceso civil alemán fue recogida por el Derecho portugués, por ejemplo, incorporando una norma expresa en su redacción sobre el punto<sup>56</sup> en el artículo 266 del Código Procesal Civil portugués<sup>57</sup> comparable con el simil brasileño del § 3º del artículo 267 del Código Procesal Civil brasileño<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Sobre los diferentes modelos de coherción: patrimonial con el Estado como acreedor (multas), patrimonial con la contraparte como acreedora (*astreintes* francesas o multas privadas), personales con remisión a sanciones civiles o penales por desacato al tribunal (Concept of Court anglo-americano), véase en detalle Peyer 2006: 286.

<sup>55</sup> Stürner 1976: 31.

<sup>56</sup> Puede verse al respecto la obra de Didier 2010: 23-40.

<sup>57</sup> Así, el texto del artículo 266 del Código Procesal Civil de Portugal: “1. Na conducao e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatarios judiciais e as proprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficacia, a justa composição do litigio.

2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatarios judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a materia de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento a? outra parte dos resultados da diligencia.

3. As pessoas referidas no numero anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuizo do disposto no nº 3 do artigo 519.

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade seria em obter documento ou informação condicione o eficaz exercicio de faculdade ou o cumprimento de onus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possivel, providenciar pela remoção do obstaculo”.

<sup>58</sup> Mitidiero 2011: 149-155.

## VI. Los deberes de cooperación en el marco de la ejecución civil

Desde el punto de vista del Derecho comparado es de gran interés el tópico de los deberes de información y cooperación del deudor en la ejecución<sup>59</sup>. En muchos otros países, el deudor puede ser obligado ya desde el inicio de la ejecución a declarar sus relaciones patrimoniales y en todos los casos mencionar quién es su empleador. Claro está que en la ejecución civil la cooperación exigida al ejecutado de aportar información sobre su patrimonio no es un imperativo para acopio “probatorio”, sino para poder individualizar y determinar los bienes sobre los que recaerán las medidas de agresión ejecutivas y no para poder arribar a una decisión sobre afirmaciones fácticas controvertidas de las partes<sup>60</sup>.

Por el contrario, en Alemania el acreedor sólo puede, por regla, exigir del deudor la presentación de un informe detallado de su patrimonio (“declaración asegurada mediante juramento”), siempre y cuando ya se hayan iniciado las medidas de ejecución y éstas no hayan conducido a la satisfacción del acreedor<sup>61</sup>.

La solución tradicional alemana ha recibido abundantes críticas por la doctrina. La ley del 29 de julio 2009 se encarga de reformar entonces las mencionadas reglas sobre el esclarecimiento e información en la ejecución. De acuerdo a las nuevas disposiciones, las cuales, en su gran mayoría, debieran entrar en vigencia recién en el año 2013, tienden a fortalecer y consolidar aún más la posición del oficial de ejecución en torno a estas materias<sup>62</sup>.

## VII. Conclusiones

Es posible así sostener la existencia de deberes de información, unos fundados en el Derecho material que en algunos casos no resultan autosuficientes para su despliegue práctico procesal y que por consiguiente están sujetos a la necesidad de ser complementados a través de deberes netamente procesales, aún cuando no tengan un sustento en los imperativos e información sustantivos.

Ello es aplicable tanto a la parte sobre la que pesa la carga de la prueba, como a la contraparte que no está sujeta al imperativo. Esto no quita que

---

<sup>59</sup> Keller 1999: 10-34; Schnigula 2001: 2-20; Triller 2001: 20-55.

<sup>60</sup> Pérez-Ragone/Silva Álvarez 2009: 105-115; Jäger/Schatz 2008: 143; Holzapfl 2009: 15-35.

<sup>61</sup> Holzapfl 2009: 15-35.

<sup>62</sup> En especial los §§ 802c, 802d, 802e, 802f con la reforma (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2009, Teil I, Nr. 48, ausgegeben zu Bonn am 31. Juli 2009) y reforma del 22.12.2011 (BGBl. I p. 3044).

ambas estén sujetas a la carga de la alegación y que en determinandas condiciones previas creadas por el Derecho sustantivo, pueda exigirse colaboración incluso a la que no tiene la carga de la prueba. Los terceros deben ser considerados simplemente como potenciales titulares de deberes y en ningún caso de cargas, en la terminología tradicional. Así, los terceros no interesados y no vinculados a un proceso por disposición sustantiva o procesal y a los que pueda afectar lo que en ese proceso se resuelva, son titulares de un deber de cooperación general para la dinámica y el funcionamiento de la jurisdicción a través del proceso.

Los terceros podrían quedar obligados en base a fundamentos o disposiciones de derecho material. Ese deber se podría exigir tomando como marco la necesidad de dar una respuesta práctica al Derecho a una tutela jurisdiccional que es requerida por las partes procesales y que pone en funcionamiento a la función jurisdiccional del Estado.

## Bibliografía

- BECKHAUS, Gerrit (2010): *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BRÜGGEMANN, Dieter (2010): *Judex statutor und judex investigator*. Bielefeld: Giesecking.
- DIDIER, Fredie (2010): *Fundamentos del principio de cooperación procesal en el derecho procesal civil portugués*. Lima: Communitas.
- DRENCKHAHN, Cornelia (2007): *Urkundsvorlagepflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform unter besonderer Berücksichtigung der Neufassung des § 142 ZPO*. Frankfurt: Peter Lang.
- GRÄNS, Minna (2001): *Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile*. Berlin: Duncker & Humblot.
- GREGER, Reinhard (1997): "Justizreform? Ja, aber...", en: *JuristenZeitung*, pp. 842-850.
- HANNICH, Rolf (2002): *ZPO-Reform: Einführung-Texte-Materialien*. München: Beck.
- HANSENS, Heinz (2002): "Die ZPO-Reform", en: *Anwaltsblatt*, pp. 125-130.
- HOLZAPFEL, Carolin (2009): *Sachaufklärung und Zwangsvollstreckung in Europa*. Baden-Baden: Nomos.
- HUBER, Stefan (2008): *Entwicklung transnationaler Modellregeln im Zivilverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- JÄGER, Ulrich/SCHATZ, Jochen (2008): "Etwas Licht und viel Schatten. Der Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung", en: *Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, 143, pp. 143-147.
- JELINEK, Walther (1991): "Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen", en: Habscheid, Walther (ed.): *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*. Bielefeld: Giesecking, pp. 50-62.

- KATZENMEIER, Christian (2002): "Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", en: *JuristenZeitung*, pp. 534-540.
- KELLER, Ulrich (2000): *Die eidesstattliche Versicherung nach §§ 807, 899 ZPO*. Bielefeld: Giesecking.
- KLEIN, Franz (1891): *Pro Futuro*. Separatabdruck aus "Juristische Blätter". Wien/Leipzig: Deuticke.
- (1927): *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*. Wien: Manz.
- KRAAYVANGER, Hilgard (2003): "Urkundenvorlegung im Zivilprozess - Annäherung an das amerikanische 'discovery'-Verfahren", en: *Neue Justiz*, pp. 572-575.
- LANG, Sonja (2007): *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*. Frankfurt: Peter Lang.
- MITIDIERO, Daniel (2011): *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PÉREZ-RAGONE, Álvaro/SILVA ÁLVAREZ, Óscar (2009): "El imperativo de transparencia patrimonial del deudor como requisito funcional para una ejecución eficiente", en: *Revista Ius et Praxis*, año 15, n° 2, 2009, pp. 79-105.
- PEYER, Patrick (2006): *Vollstreckung unvertretbarer Handlungen und Unterlassungen – Civil contempt of court des englischen Rechts im Vergleich zum schweizerischen Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess.
- PRÜTTING, Hanns (1996): *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: Beck.
- (1980): "Die Grundlage des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung", en: *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 361-365.
- (1993): "Datenschutz und Zivilverfahrensrecht", en: *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 106, pp. 427-443 ss.
- PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus (2001): *ZPO-Kommentar*. Köln: Luchterhand.
- REISCHL, Klaus (2003): "Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO", en: *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 116, pp. 81-102.
- RENSSEN, Harmut (2002): *Die richterliche Hinweispflicht*. Bielefeld: Giesecking.
- SCHAEFER, Thomas (2002): "Was ist neu an der neuen Hinweispflicht?", en: *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 849-855.
- SCHELLHAMMER, Kurt (2001): "Zivilprozessreform und erste Instanz", en: *Monatschrift für Deutsches Recht*, pp. 1081-1097.
- SCHILKEN, Eberhard (2011): *Zivilprozessrecht*. Köln: Heymanns.
- SCHLOSSER, Peter (1991): "Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne", en: *Juristen Zeitung*, pp. 599-566.
- SCHNIGULA, Jörn (2001): *Das Offenbarungsverfahren – Darstellung und Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung*. Remscheid: Gardez.
- SCHÖPFLIN, Martin (1992): *Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*. Frankfurt: Peter Lang.
- STICKELBROCK, Barbara (1996): *Die Kollision von Prozessmaximen*. Köln: Heymanns.
- STORME, Matthias (2012): "Harmonisation of Civil Procedure and the Interaction with Substantive Private Law", en: Kramer, X. E./van Rhee, C. H. (eds.): *Civil Litigation in a Globalising World*. Den Haag: Springer/TMC Asser Press, pp. 141-158.

- STRODTHOFF, Bert-Hagen (2004): *Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive*. Frankfurt: Peter Lang.
- STÜRNER, Rolf (1976): *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1982): *Richterliche Aufklärungspflicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1985): “Parteipflichten bei der Sachaufklärung im Zivilprozess”, en: *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 98, pp. 237-252.
- (1991): “Anm. zum Urteil des BGH vom 11.6.1990 (NJW 1990, 315 1)”, en: *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 104, pp. 208-213.
- VERBERK, Remme (2010): *Fact-Finding in Civil Litigation*. Antwerp: Intersentia.
- ZEKOLL, Joachim/BOLT, Jan (2002): “Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2129-2133.

